

TUTELA ANTECIPADA - SUSTAÇÃO DE PROTESTO - CONVERSÃO - CAUTELAR - PRINCÍPIOS DA FUNGIBILIDADE E DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS - ART. 273, § 7º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - APLICABILIDADE - PODER GERAL DE CAUTELA - LIMINAR - REQUISITOS - INEXISTÊNCIA - NOTA PROMISSÓRIA - QUITAÇÃO - AUSÊNCIA DE PROVA - PROTESTO - REGULARIDADE - CONCESSÃO DA MEDIDA - IMPOSSIBILIDADE - LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - NÃO-OCORRÊNCIA

Ementa: Agravo de instrumento. Ação cautelar de sustação de protesto. Fungibilidade e instrumentalidade das formas. Pedido liminar. Requisitos. Nota promissória. Ausência de prova de quitação. Litigância de má-fé.

- Aplicam-se ao nosso ordenamento jurídico os princípios da fungibilidade e da instrumentalidade das formas, de molde a garantir a efetiva prestação jurisdicional à parte. Em se tratando de sustação de protesto, não se deve discutir se a medida tem natureza cautelar ou antecipatória, pois, conforme entendimento sedimentado no colendo STJ, é possível a suspensão dos efeitos do protesto em casos específicos e excepcionais, sendo que a decisão de sustação de protesto de título se insere no poder geral de cautela, previsto no art. 798 do Código de

Processo Civil. Dessa forma, para a concessão de liminar de sustação de protesto, imprescindível a confluência dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

- O protesto é um direito do credor, que o exerce na tentativa de salvaguardar sua situação jurídica.

- Se os documentos que instruem o processo não são hábeis para comprovar o cumprimento da obrigação constante na nota promissória, não é possível a concessão da medida liminar de sustação de protesto.

- A quitação de dívida representada por título cambial deve ser provada pela entrega do referido título quitado ao devedor ou por recibo que designe o valor e a espécie da dívida quitada, o nome do devedor, ou quem por este pagou, o tempo e o lugar do pagamento, com assinatura do credor, ou do seu representante.

- No caso sob exame, não há falar em condenação por litigância de má-fé, pois inexistente nos autos qualquer prova de que a parte agravada tenha praticado um dos atos elencados no art. 17 do CPC.

AGRAVO Nº 1.0042.06.017117-2/001 - Comarca de Arcos - Agravante: Cleder Gaspar da Silva - Agravado: Brisolo Calcário Agrícola Ltda. - Relator: Des. IRMAR FERREIRA CAMPOS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR A PRELIMINAR E DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO.

Belo Horizonte, 14 de dezembro de 2006.
- Irmair Ferreira Campos - Relator.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pelo agravante, a Dr.ª Marcela de Sá Botelho Sena.

O Sr. Des. Irmair Ferreira Campos - Preliminar de intempestividade.

A parte agravada sustenta em sua contraminuta a intempestividade do presente recurso, ao argumento de que inexistente litisconsórcio passivo na ação cautelar, não se devendo falar em prazo em dobro para recorrer.

Verifico que a irresignação da recorrida não merece acolhida, uma vez que a tempestividade deste agravo de instrumento é patente,

sem que se considere, para tanto, a contagem de prazo em dobro.

Ora, o *dies a quo* do prazo que o agravante tinha para recorrer da decisão de f. 50/51 se iniciou em 26.09.06, data da juntada do mandado de citação aos autos, sendo que o prazo de 10 dias para a interposição do agravo de instrumento expirou em 06.10.06, dia em que ocorreu o efetivo protocolo deste recurso.

Além disso, é importante ressaltar que a Comarca de Arcos goza dos dois dias previstos na Resolução 412/2003, sendo, portanto, manifestamente tempestivo o presente agravo de instrumento.

Por tais razões, rejeito a preliminar de intempestividade recursal e conheço do agravo de instrumento, presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Mérito.

No mérito, entendo que assiste razão ao agravante parcialmente.

De início, ressalto que se deve atentar para a aplicação em nosso ordenamento jurídico dos princípios da fungibilidade e da instru-

mentalidade das formas, de molde a garantir a efetiva prestação jurisdicional à parte.

Como conseqüência da aplicação de tais princípios, restou acrescentado ao art. 273 do CPC pela Lei nº 10.444/02 o § 7º, que permite ao juiz deferir medida cautelar incidental ao processo, desde que presentes os pressupostos legais, embora requerida a tutela antecipada pelo autor.

Sobre o tema, trago à colação a lição de Theotonio Negrão:

Nem sempre é fácil distinguir se o que o autor pretende é tutela antecipada ou medida cautelar. Aliás, o Min. Gomes de Barros afirma, peremptoriamente, que não vê diferença teleológica entre uma e outra (*RSTJ* 152/120). Por isso, o § 7º, acertadamente, passou a admitir a fungibilidade das duas pretensões, de modo a permitir ao juiz a conversão do pedido de tutela antecipada em medida cautelar (*Código de Processo Civil*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 360).

Nelson Nery também discorre sobre a matéria:

Quando o autor fizer pedido de antecipação de tutela, mas a providência requerida tiver natureza cautelar, não se pode indeferir o pedido de tutela antecipada por ser inadequado. (...) A recíproca é verdadeira. Caso o autor ajuíze pedido de natureza cautelar, mas o juiz verifique ser o caso de tutela antecipada, deverá transformar o pedido cautelar em pedido de tutela antecipada (*Código de Processo Civil comentado*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 652-653).

Não se discute aqui se a medida tem natureza cautelar ou antecipatória, pois, conforme entendimento sedimentado no colendo STJ, é possível a suspensão dos efeitos do protesto em casos específicos e excepcionais, sendo que a decisão de sustação de protesto de título se insere no poder geral de cautela, previsto no art. 798 do Código de Processo Civil.

Nesse sentido foi o entendimento esposado pela eminente Ministra Nancy Andrighi, por ocasião do julgamento de questão semelhante:

Processual civil. Recurso especial. Cautelar de sustação de protesto. Efetivação do protesto. Suspensão dos seus efeitos. Possibilidade. Poder geral de cautela e fungibilidade entre as medidas cautelares e as antecipatórias dos efeitos da tutela.

- O princípio da fungibilidade entre as medidas cautelares e as antecipatórias dos efeitos da tutela confere poder ao juiz para deferir providência de natureza cautelar, a título de antecipação dos efeitos da tutela.

- Segundo o entendimento do STJ: (i) é possível a suspensão dos efeitos dos protestos quando há discussão judicial do débito; (ii) a decisão cautelar de sustação de protesto de título insere-se no poder geral de cautela, previsto no art. 798 do CPC; e (iii) a sustação de protesto se justifica quando as circunstâncias de fato recomendam a proteção do direito do devedor diante de possível dano irreparável, da presença da aparência do bom direito e quando houver a prestação de contracautela.

- De acordo com o poder geral de cautela e o princípio da fungibilidade entre as medidas cautelares e as antecipatórias dos efeitos da tutela, o perigo de dano pode ser evitado com a substituição da sustação do protesto pela suspensão dos seus efeitos, se o protesto já tiver sido lavrado na pendência da discussão judicial do débito. Recurso especial provido (REsp 627.759/MG - Rel.^a Min.^a Nancy Andrighi - 3ª T. - j. em 25.04.2006 - DJ de 08.05.2006, p. 198).

Sobre o assunto, ressalto ainda a preciosa lição de Araken de Assis, segundo a qual:

A toda evidência, o equívoco da parte em pleitear sob forma autônoma providência satisfativa, ou vice-versa, não importa inadequação procedimental, nem o reconhecimento do erro, a cessação da medida porventura concedida. E isso, porque existem casos em que a natureza da medida é duvidosa, sugerindo ao órgão judiciário extrema prudência ao aplicar distinções doutrinárias, fundamentalmente corretas, mas desprovidas de efeitos tão rígidos (Fungibilidade das medidas inominadas cautelares e satisfativas, *in Revista de Processo*, v. 25, nº 100, out./dez. 2000, p. 52).

Diante disso, no caso em comento, não há falar em utilização de meio inadequado para pleitear a liminar de sustação de protesto, uma vez que a discussão acerca do caráter acaute-

latório ou satisfativo dessa medida é irrelevante, devendo o julgador prestar a tutela jurisdicional sem se prender a formalismos exacerbados.

Apesar de o agravante sustentar que a ação cautelar de sustação de protesto manejada pela parte autora, ora agravada, perdeu seu objeto em razão de o protesto já haver sido realizado, comungo do entendimento de que, mesmo com a ocorrência do protesto, pode o magistrado deferir a suspensão provisória dos efeitos do protesto porventura realizado, já que tal postura se coaduna com o princípio da instrumentalidade das formas.

Assentadas tais premissas, cabe agora analisar se o protesto realizado pelo agravante, detentor do título de crédito emitido pela parte agravada, foi regular ou não.

O protesto é um direito do credor, que o exerce na tentativa de salvaguardar sua situação jurídica. É o que se depreende dos ensinamentos de Amador Paes de Almeida:

A lei assegura ao titular do direito uma série de meios que tornem efetivo o seu exercício. Alguns desses meios podem ser utilizados antes que ocorra qualquer violação do direito, outros devem ser utilizados na ocorrência desse fato. Visando à conservação e ressalva do direito, surge o protesto, que pode ser conceituado como o ato formal extrajudicial que objetiva conservar e ressaltar direitos. Daí dizer o eminente Pontes de Miranda que 'o protesto era, e é, ato formal, pelo qual se salvaguardam os direitos cambiários, solenemente feitos perante oficial público'.

(...)

Na realidade, o protesto é, antes de tudo, o elemento que positiva o não-cumprimento da obrigação cambial, caracterizando a mora do devedor. Mora não é senão o retardamento do cumprimento da obrigação (*Teoria e prática dos títulos de crédito*. São Paulo: Saraiva, 1976, p. 177-178).

Não difere o entendimento do eminente comercialista Fran Martins, que, inclusive, ressalta o fato de que a realização do protesto depende fundamentalmente da vontade do credor:

Convém, entretanto, esclarecer que o protesto cambial não cria direitos. Meio de prova especialíssimo, próprio dos títulos cambiários, ele apenas atesta um fato, a falta ou recusa do aceite ou do pagamento. É um ato facultativo, que o detentor da letra praticará ou não, de acordo com a sua vontade, apesar de algumas vezes se falar em protesto obrigatório.

(...)

Direito do portador, o protesto, entretanto, só poderá por ele ser exercido se existirem causas que o justifiquem. As principais causas são a falta ou recusa do aceite ou do pagamento, que o protesto se destina a comprovar (*Títulos de crédito*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. 1, p. 271).

Sendo o protesto, portanto, direito do credor e em se configurando uma de suas causas, que, na hipótese em julgamento, foi a falta de pagamento, qualquer suspensão dos efeitos do mesmo só deve ser feita havendo razões muito fortes para se supor a ocorrência de irregularidades na conduta do credor.

In casu, pode-se afirmar que não resta configurado o *fumus boni iuris* necessário à concessão da medida liminar de sustação de protesto.

Isso porque os documentos de f. 35/39 não são hábeis para comprovar o pagamento da nota promissória, cuja cópia se encontra à f. 63.

Analisando o título de crédito supramencionado e as razões recursais do agravante, observo que o endosso em preto feito por Sebastião Veloso da Silva em favor do recorrente configura verdadeiro endosso póstumo, com efeitos de cessão civil, já que se deu após o prazo para o protesto.

Sobre o endosso tardio ou póstumo, Wille Duarte Costa explica:

Assim sendo, se o endosso é dado após o vencimento, mas antes do protesto ou antes de findar-se o prazo para se fazer o protesto, o seu efeito é o mesmo do endosso anterior. Se dado após tal período, o seu efeito é de uma cessão ordinária de crédito e o direito do endossatário não é autônomo, mas derivado do direito do endossante (*Títulos de crédito*

de acordo com o novo Código Civil. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003, p. 184-185).

A respeito do prazo para realizar o protesto do título de crédito por falta de pagamento, dispõe o art. 28 do Decreto 2.044/1908:

A letra que houver de ser protestada, por falta de aceite ou de pagamento, deve ser entregue ao oficial competente, no primeiro dia útil que se seguir ao da recusa do aceite ou ao do vencimento, e o respectivo protesto, tirado dentro de três dias úteis.

No presente caso, o vencimento da nota promissória de f. 63 se deu em 30 de agosto de 2004, sendo que o próprio endossatário, ora agravante, reconhece à f. 05 que recebeu o referido título, por meio de endosso, somente no mês de agosto do ano de 2006, isto é, após expirado o prazo para realização do protesto.

Assim sendo, ocorreu verdadeira cessão de crédito, que se encontra regulada nos arts. 286 e seguintes do novo Código Civil.

É importante ressaltar que o fato de o endosso em questão ter sido póstumo, produzindo efeitos de mera cessão de crédito, não retira do credor a possibilidade de se utilizar do protesto para configurar a mora do devedor, ou seja, o prazo estabelecido no art. 28 do Decreto 2.044/1908 só deve ser respeitado para que o endosso seja efetivamente cambiário, dotado de autonomia.

Mesmo considerando a perda da autonomia e abstração da nota promissória em questão, permanece a existência do crédito, sendo que o mesmo é transferido com todas as suas limitações e defeitos.

É possível, portanto, que se discuta inclusive o negócio fundamental que originou a emissão da cártula, qual seja aquele celebrado entre a parte agravada, emitente da nota promissória, e Sebastião Veloso da Silva, beneficiário desse título.

Acontece que, apesar de a parte autora, ora agravada, se utilizar desse negócio para fun-

damentar seu pedido de sustação de protesto, não demonstrou a plausibilidade do direito que alega possuir, isto é, não demonstrou a quitação da obrigação representada na nota promissória, pelo menos em sede de cognição sumária.

Plausível significa razoável, aceitável, admissível. Portanto, não basta, para que se configure a “aparência do bom direito”, que o direito alegado pelo devedor seja tutelado, em tese, pela lei. Ao contrário, é necessário que o devedor apresente pelo menos alguma prova que faça supor, à primeira vista, que seus argumentos têm fundamento e que, realmente, está havendo ameaça a direito que possui.

No caso em análise, as assertivas da agravada encontram-se despidas de elemento probatório robusto de que o protesto é indevido em decorrência do pagamento da nota promissória.

A quitação de dívida representada por título cambial deve ser provada pela entrega do referido título quitado ao devedor ou por recibo que designe o valor e a espécie da dívida quitada, o nome do devedor, ou quem por este pagou, o tempo e o lugar do pagamento, com assinatura do credor, ou do seu representante (art. 320, CC/2002).

Se inexistente nos autos, por enquanto, prova de tal quitação, não se vislumbra a fumaça do bom direito, necessária à concessão da medida liminar.

Com efeito, apesar de existir o *periculum in mora*, o *fumus boni iuris* não está presente, devendo ser revogada a decisão vergastada que deferiu a liminar pleiteada pela parte autora, ora agravada, e determinou a suspensão provisória dos efeitos do protesto.

O agravante pugna, ainda, pela condenação da agravada em litigância de má-fé, ao argumento de que esta sonogou informações básicas ao MM. Juiz primevo.

Contudo, nesse ponto, entendo que não lhe assiste razão, pois não considero que restou comprovada qualquer atitude da parte

agravada que se enquadre nas hipóteses elencadas no art. 17 do CPC.

Com tais razões de decidir, dou parcial provimento ao recurso, para revogar a medida liminar concedida e rejeitar o pedido de condenação da agravada em litigância de má-fé.

Custas, *ex lege*.

A Sr.^a Des.^a Márcia De Paoli Balbino - De acordo.

O Sr. Des. Lucas Pereira - De acordo.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO.

-:-:-